

中国传统司法中的察狱以情及其现代价值

蒋铁初^{*}

内容提要 察狱以情是中国传统司法的一个重要特色。其语义源头为《左传》所载鲁庄公之言,实质源头则为《周礼》中的“以情讯之”。“察狱以情”中的情有广义与狭义两种。察狱以情既有入罪功能,亦有出罪功能。入罪之情必须满足发生在争议事实之后与违反常理两个条件。出罪之情则有通过判断事实出罪与判断证据出罪两种表现。察情入罪与出罪在标准、对象、主体与结果四个方面都存在差异。传统的司法理论更重视察情的出罪功能。察狱以情与当代的经验法则相比既有相同之处亦有区别。相同之处在于两者都以日常生活经验为判断事实的依据。不同之处有三:一是经验法则只能判断证据事实,不能判断案件事实;而察狱以情两者都可以判断。二是依经验法则判断的事实为确定性事实,而察狱以情判断的事实为可能性事实。三是依经验法则倾向于对事实作出肯定性判断,而察狱以情倾向于对事实做出否定性判断。当代司法借鉴察狱以情,应当做到慎用入罪之情,重视出罪之情,如此可有效避免冤狱形成并能为已形成的冤狱平反。

关键词 古代司法 察狱以情 入罪 出罪 经验法则

目 次

- 一、引言
- 二、察狱以情的源头与嬗变
- 三、察狱以情的功能
- 四、察狱以情的现代价值
- 五、余论

^{*} 杭州师范大学沈钧儒法学院教授。本文系 2018 年度国家社科基金一般项目“中国仁政司法的传统及其权益转化研究”(项目批准号:18BFX025)的阶段成果。

一、引言

重视情理是中国法律传统的重要特色之一,学术界对这一问题的研究投入了大量精力,产出了一批影响力深远的学术成果。已有成果主要集中在两个领域,一是情理与传统法律精神的关系;二是情理对传统司法中法律适用的影响。两者之间有逻辑上的因果关系。情理既然与法律精神有密切关系,自然会对法律适用产生影响。故学者们往往会将两者结合起来进行研究。梁治平指出:“古代地方官的裁判常常是变通的,但是都建立在人情之上,这正是对于法律精神的最深刻的理解。”^①认为司法者是通过依情理断案来彰显他们对法律精神的理解。霍存福认为:“情理作为司法要求,发轫于断狱,扩展于以情理去理解法律的依据、法律的精神,延伸于立法中贯彻情理要求及其内容。”^②可见,霍存福认为情理作为法律精神首先源于司法者依情理断案。张本顺认为:“判决的至高艺术境界是情、理、法兼顾。情理绝非私情,而是常情常理与普遍共识,是法的补充渊源,是法律精神之所在。”^③张本顺认为情理也是法的渊源,情理与法兼顾则是判决的最高境界。而日本学者滋贺秀三与美国学者黄宗智则就清代的判决主要是依情理作出还是依制定法作出展开论战,引起学术界极大关注。^④可以认为,情理对传统司法判决的影响已经成为法律史学界的热点话题。与此相应的是,对情理与事实认定关系的研究则未能引起学界足够重视。现有研究成果虽偶有提及情理对事实认定的影响,但都未能充分展开论述。赵小锁是国内学者中较早关注情理与事实审理关系的学者,她认为以情折狱原则是封建社会的诉讼证明原则,但在展开具体论证时却又认为:“封建司法官吏依法收集证据、审查判断证据并认定案件事实是中国封建社会以情折狱原则之原理的重要方面。”^⑤这一观点表明她没有认识到依情理发现真实与依证据认定事实存在差异,将两者混为一体,导致其讨论的是证据而非情理的作用。闫晓君、毛高杰认为:“传统司法官员受情理的影响,偏向性地对一方施加刑罚,并且受前述自我强化的作用对表面上符合自己情理判断的人施以重刑以确证自己的预期。”^⑥文章虽提及了情理对刑讯适用的影响,但仅仅一带而过,未能深入探讨情理与事实认定的关系。事实上,在中国古代的司法实践中,情理对于事实认定有着非常重要的作用。古代司法文献中察狱以情一词经常出现就表明古人对情理能够影响事实认定有着高度自觉。察狱以情的具体含义应当如何解读,它作为一

① 梁治平:《法意与人情》,广西师范大学出版社2020年版,第165页。

② 霍存福:《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法发生、发展及其命运》,载《法制与社会发展》2001年第3期,第1页。

③ 张本顺:《法意、人情,实为一体:中国古代“情理法”整体性思维与一体化衡平艺术风格、成因及意义》,载《甘肃政法学院学报》2018年第5期,第9页。

④ 参见汪雄涛:《功利:第三种视角——滋贺秀三与黄宗智的情理与法律之争》,载《学术界》2008年第1期,第117页。

⑤ 赵小锁:《中国封建社会诉讼证明原则——以情折狱原则之原理论》,载《东方论坛》2004年第4期,第124页。

⑥ 闫晓群、毛高杰:《情理法与冤案——以公案小说为中心》,载霍存福、吕丽主编:《中国法律传统与法律精神》,山东人民出版社2010年版,第496页。

种司法理念及实践起源于何时,在历史演进中其含义又发生了哪些变化。察狱以情的理论逻辑如何展开,对事实认定产生哪些影响,与当代社会的经验法则有何异同。对上述问题进行研究将会有助于我们进一步把握中国传统司法的特征,并为当代的司法实践提供借鉴。

二、察狱以情的源头与嬗变

(一) 察狱以情的源头

察狱以情,又称为以情察狱,亦可简称察情,^⑦是传统中国影响力颇为深远的司法概念,^⑧有人甚至将其与“为政以德”并称^⑨。据现有资料,这一概念最早出现于东汉。蔡邕的“陈留太守行小黄县颂”载:“太颢为政,建时春阳。我君劝止,戾兹小黄。济济群吏,摄齐升堂。乃训乃厉,示之宪方。原罪以心,察狱以情。钦于刑滥,惟务求轻。有辜小罪,放死从生。玄化洽矣,黔首用宁。惟以作颂,式昭德声。”^⑩文中虽提及察狱以情,却未言其含义,但我们可以结合上下文探究其意义。颂文记述了陈留太守巡查小黄县时对属吏所提的司法上要求,察狱以情即是其一。察狱以情的后两句是“钦于刑滥,惟务求轻”,意即断案要谨防滥用刑罚,尽可能寻求到正当理由对当事人从轻判决。既然后两句是断案要求,前两句从逻辑上讲就应是审案要求。与察狱以情并列的是“原罪以心”。原罪以心是春秋决狱实践中原心定罪原则的另一种说法,即通过考察犯罪嫌疑人的心理状态来给犯罪事实定性。由此可知,察狱以情是通过分析案件情节来判断案件事实,是认定案件事实的一种手段。

虽说察狱以情一词最初出现在东汉,但其思想源头却要早得多。春秋时鲁庄公在回答曹刿“何以战”之问时说:“小大之狱,虽不能察,必以情。”^⑪单从字面上看,察狱以情与鲁庄公之言关系非常密切。蔡邕之语是否源于此言,目前尚无相关证据。但中国古代认为“察狱以情”是从庄公之言演化而来者代不乏人。南宋朝廷在“陆秀夫特授淮东提刑兼淮东制置使司参议官诰”中称赞陆秀夫“爱我嘉师,察狱以情,斯可一战”。^⑫诰文将“察狱以情”与“斯可一战”置于一处,明显是受到《左传》的影响。因为《左传》中曹刿就认为鲁庄公所言“小大之狱,虽不能察,必以情”是可以与齐师一战的底气。类似说法还有很多,元代王结、明代无名氏、清代惠士奇等都持此观点。^⑬综上可知,认为

⑦ 察狱以情与以情察狱只是语序上的差异,含义完全相同。

⑧ 古代司法官的墓志铭中就经常出现“察狱以情”。参见《汉魏南北朝隋唐墓志集释》卷九,载韩理洲编:《全隋文补遗》,三秦出版社2004年版,第337页。

⑨ 唐贞观年间史仲谟为其祖史崇重立墓碑中就有“为政以德、察狱以情”之语。参见周应合:《景定建康志》,清嘉庆六年(1801年)刊本,第1378页。

⑩ 《蔡中郎文集补》,高儒辑校,明兰雪堂活字本,第212页。

⑪ 《左传·庄公十年》。

⑫ 参见王应麟:《四明文献集》,四库全书本,第148页。

⑬ 如,王结认为鲁庄公所言对策中最后一条就是察狱以情。参见王结:《文忠集》,四库全书本,第2604页。

鲁庄公所言“小大之狱,虽不能察,必以情”即为“察狱以情”是中国古代的主流观点。

上述说法看似言之凿凿,实际却属想当然。因为《左传》所载鲁庄公之言并非完整之语。其完整内容应为“小大之狱,虽不能察,必以情如何”。如果鲁庄公所言是察狱以情,完整之语就应是“小大之狱,虽不能察,必以情察之”。文字虽嫌冗余,但语义亦还可解。不过鲁庄公所言却并非以情察之。先秦时另一部典籍《国语》记载鲁庄公之言为:“余听狱,虽不能察,必以情断之。”^⑭这一记载表明鲁庄公所言乃是断狱以情,而非后人认为的察狱以情。两者虽仅一字之差,但含义却有本质区别。察狱以情中的“以情”是发现真相的手段,而断狱以情中的“以情”则是作出判决的依据。前者是为了发现真实,后者则是为了作出裁判。两者在逻辑上有先后关系,不可混同。^⑮由此可见,《左传》所载鲁庄公所言可能只是察狱以情的语义源头,并非其思想源头。

既然鲁庄公之言不是察狱以情的思想源头,那么,察狱以情的思想源头又在何处。鲁庄公主张断狱以情,断狱所凭之情应当如何获得。《周礼》主张以“五声听狱讼,求民情”^⑯,即通过五听来得情。但《周礼》还主张在判决作出之前,应再审一次。即“小司寇听万民之狱讼,附于刑,用情讯之”^⑰。“附于刑”即量刑,量刑后复讯,可见“用情讯之”为再审。为何要再审,古人的解释是“恐其惟从非从也”^⑱。意即担心被告人因恐惧而自诬有罪,故而在用刑前再审一次。其实,鲁庄公所言的“小大之狱,虽不能察”,也表明司法者对已认定的事实不够自信。既然再审是因为对五听所得之情不自信引发的,故而再审的方式不宜再为五听。司法者选择了“用情讯之”。何为“用情讯之”,东汉郑玄注称:“讯,言也。用情理言之,冀有可以出之者。”用情讯之即运用情理审案,其目的则是为了发现对被告有利情节并进而对被告从轻乃至免除处罚。蔡邕主张察狱以情,是为了避免刑滥,目的亦近于求轻。两人都将情的运用视为审判有利被告的手段。郑玄、蔡邕二人所处时代高度重合,不排除二人观点有过交流。蔡邕的察狱以情观念很可能是受到“用情讯之”主张的影响。“用情讯之”与“察狱以情”在功能上相同,因此可以将其视为察狱以情的思想源头。

(二) 察狱以情的嬗变

察狱以情的思想源头是先秦时期的“用情讯之”,但与“用情讯之”不同的是,察狱以情的情不再是全部案件事实,因为此时犯罪者的主观方面“心”成了独立于“情”且需要专门探究的对象。因而此处的情主要指案件的客观表现,既包括客观事实,也包括行为人内心活动的外在表现。到了魏晋时期,情的范围进一步缩小。张斐注晋律称:“夫刑者,司理之官;理者,求情之机;情者,心神之使。心感则情动于中,而形于言,畅于四

^⑭ 《国语·鲁语·曹刿论战》。

^⑮ 除察狱以情、断狱以情外,中国古代还有折狱以情的司法理念。但折狱以情究竟是针对发现真实,还是作出判决,却难有定论。从史料所载内容可以看出,折狱以情既可以单指察狱以情,也可以包括察狱以情与断狱以情的双重含义。察狱以情及断狱以情都是古人赞赏的做法,因而将此处的折狱以情解释为察狱以情或断狱以情都可以。

^⑯ 《周礼·秋官·小司寇》。

^⑰ 前注^⑯。

^⑱ 王安石:《周官新义》卷十四,清咸丰三年(1853年)南海伍氏刊粤雅堂丛书本,第290页。

支,发于事业。是故奸人心愧而面赤,内怖而色夺。论罪務必本其心,审其情,精其事,近取诸身,远取诸物,然后乃可以正刑……喜怒忧欢,貌在声色;奸真强弱,候在视息。出口有言当为告,下手有禁当为贼;喜子杀怒子当为戏,怒子杀喜子当为贼。诸如此类,自非至精不能极其理也。”^{①⑨}从所引内容可以看出,情不仅与心分离,与事也已经分离。所谓事主要指案件事实,而“情”属于“心神之使”,即能够体现行为人体内活动的外在表情。通过观察行为人的外在表情,司法者可以判断行为人的内心活动并进而对行为定性。如在“喜子杀怒子当为戏,怒子杀喜子当为贼”的判断中,杀人行为属于“事”,而被告人究竟是喜还是怒则属于心神,需要通过其表情来判断。

北魏《狱官令》要求:“察狱先备五听之理,尽求情之意,验诸证信,事多疑似,犹不首实,加以拷掠。”^{②⑩}情需要通过五听来求,表明情还是指行为人的表情。但五听求得的情并不能直接作为定案依据,还要与证信相互验证,可见情只表明案件发生的可能性。这种可能性不仅需要证据证明,还需被告人承认才可以认定。^{④⑪}而司法者应当考察此种可能性来确定案件的审理方向。后来人们又认识到仅观察受讯人的表情并不能囊括所有表明案件可能性的事实,亦即并非所有的情都可以通过五听来获得,故而将察狱以情与五听进行了一定程度的剥离。^{②⑫}永平元年(公元508年)诏曰:“察狱以情,审之五听,枷杖小大,各宜定准。然比廷尉司州河南、洛阳、河阴及诸狱官,鞫讯之理未尽矜恕,掠拷之苦,每多切酷。”^{②⑬}诏书表明,此时的五听已经只是察狱以情的辅助手段,而非必要前提。

到了隋代,人们对情的认识进一步细化。《隋书》记载了裴政对察狱情中情的认识。右庶子刘荣,性甚专固。时武职交番,通事舍人赵元恺作辞见帐,未及成。太子有旨,再三催促。荣语元恺云:“但尔口奏,不须造帐。”及奏,太子问曰:“名帐安在?”元恺曰:“禀承刘荣,不听造帐。”太子即以诘荣,荣便拒讳,云无此语。太子付政推问。未及奏状,有附荣者先言于太子曰:“政欲陷荣,推事不实。”太子召责之。政奏曰:“凡推事有两,一察情,一据证。审其曲直,以定是非。臣察刘荣,位高任重,纵令实语元恺,盖是纤介之愆。计理而论,不须隐讳。又察元恺受制于荣,岂敢以无端之言妄相玷累。二人之情理正相似。元恺引左卫率崔茜等为证,茜等款状悉与元恺符同。察情既敌,须以证定。臣谓荣语元恺,事必非虚。”太子亦不罪荣,而称政平直。^{②⑭}本案认定事实的过程中,裴政所援引的“情”既非案件审理需要查明的主要事实,亦不属于证据,也非行为人的外在表情,而只是与案件事实有一定关联性的事实。^{②⑮}

唐律同样重视情的重要性,律文要求“讯囚必先以情,审察辞理,反复参验”,疏义

^{①⑨} 《晋书·刑法志》。

^{②⑩} 《魏书·刑罚志》。

^{④⑪} 正因如此,察情与验证才成了刑讯实施的前提条件。

^{②⑫} 其实早在先秦时期,当人们主张对五听审完的案件再通过“用情讯之”的方式复核一次时,就已经意识到五听与察情的差别。

^{②⑬} 《魏书·世宗本纪》。

^{②⑭} 参见《隋书·裴政传》。

^{②⑮} 因为裴政没有对情的范围作出阐释,因此他所指的情是否包括表情无从得知,但可以肯定的是,肯定不限于表情。

也要求司法者“先察其情,审其辞理,反覆案状,参验是非”。^{②6}唐律将察情置于案件审理的首要环节,同时还“情”与“辞”分开,情的范围进一步缩小。^{②7}唐代司法实践中,有司法者对违背察狱以情的做法提出批评。初唐徐有功的“驳皇甫怀节李思征处斩议”有如下内容:“思征芳部宣条,怀节宕州分竹。爰因羌叛,奉使讨除。暂见思征,屏人共语,即疑怀节与征同谋。同谋须述谋由,共语当论语状。语既无状,谋反无由。思征伏诛,一无牵引;薛璟陷辟,方始告言。璟元共征同情,节复与征连结。节当共征私语,语状在璟合知。征在不知语由,征死谁明反状?宁有比州刺史奉敕讨羌,白日入州,官人参谒,暂与思征相见,遂即平章反谋?察狱以情,未闻此理。”^{②8}本案原审认定的犯罪事实是两州刺史共同商议谋反之事。但这一犯罪事实发生在两州刺史因公务短暂见面之际。谋反为极严重之罪,其谋不应如此仓促。故而徐有功认为如此认定不符合察狱以情要求。可见,在徐有功的观念中,案件主要事实发生时的情境也是察狱以情中的情。以犯罪发生情境来判断犯罪事实存在与否即今人所说的就事论事。情境事实与相关事实不同,情境事实只在犯罪发生时才出现,不能脱离犯罪事实单独存在。比如本案中的两名被告初一见面这一事实就与两人商议犯罪不可分。而相关事实可以脱离犯罪事实存在,比如前文所引隋代刘荣与赵元恺案中两人的身份关系,这一关系显然可以独立于两人争执的事实。我们知道,任何犯罪都是在一定的情境下发生的,将情境事实视为情,此种情已是狱的必要组成部分。

情在事实认定中的作用在唐代始终都有人强调。中唐时陆贽则提出了情与迹兼用的事实认定要求。他说:“夫听讼辨讞,贵于明恕。明者,在辨之以迹;恕者,在求之以情。迹可责而情可矜,圣王惧疑似之陷非辜,不之责也。情可责而迹可宥,圣王惧逆诈之滥无罪,不之责也。”^{②9}文中的“迹可责而情可矜”,指的是从证据上看被告像是有罪,但从情理上看被告缺少犯罪可能性。比如偶然经过犯罪现场并留下足迹的无辜者。“情可责而迹可宥”是指从情理上看,被告可能有罪,但无明显证据。比如虽有犯罪动机却无犯罪证据的被害人仇家。单纯依迹定罪,则前者可能入罪;单纯以情定案,则后者容易入罪。可见只以情或迹认定嫌疑人有罪都可能出错,故而认定嫌疑人有罪必须情迹兼用。情迹模式与裴政所言的情证方式名异而实同。

北宋宋咸则认为案件事实的发现手段有情和辞两种。他说:“夫听讼者,或从其情,或从其辞。辞不可从,必断以情。”^{③0}很显然宋咸的观点是受到唐律的影响。南宋郑克对案件事实认定做过深入思考。他论及的事实认定模式有多种,情证兼用即是其一。郑克在《折狱龟鉴·证愿》为“韩亿引乳医为证”一篇所作按语中说:“尝云推事有两:一察情,一据证,固当兼用之也,然证有难凭者,则不若察情,可以中其肺腑之隐;情有难见

^{②6} 参见《唐律疏议》,刘俊文点校,法律出版社1999年版,第592页。

^{②7} 辞属于广义的证据,从这层意义上说,唐律所言情情的范围与隋代裴政所言情的范围相近。

^{②8} 杜佑:《通典》卷一百一十五,北宋本,第1704页。

^{②9} 陆贽:《陆宣公文集》卷一,清同治五年(1866年)福州正谊书局左氏书本,第29页。

^{③0} 宋咸注:《孔丛子》卷二,明万历子彙本,第12页。

者,则不若据证,可以屈其口舌之争。两者迭用,各适所宜也。彼诬其子为他姓,所引之证,想亦非一;独未尝引乳医,则其情可见矣。以乳医示之,既有以中其肺腑之隐,又有以屈其口舌之争,则从无为辞,而冤遂辨,不亦宜乎。”^{③①}此外,郑克还提出:“凡察狱者,或以气貌,或以情理,或以事迹。”可见郑克将情视为与事迹、气貌并列的事实认定材料。

应当指出的是,对察狱以情中的情作出细分的主要是司法研究者。普通官员在论及察狱以情时通常并无此种自觉。情在他们的观念中还是泛指与案件有关的全部主客观事实。《金史·张行简传》载:上谓行简曰:“卿未更治民,今至保州,民之情伪,卒难臆度。如之何?”对曰:“臣奉行法令,不敢违失。狱讼之事,以情察之。”张行简之前未任治民之官,无治狱经验。在任前奏对中表示要以情察狱讼,是泛指通过前述的“情、证、色、辞”等综合方式审理案件,而非狭义的以情察狱。

由情的含义演进过程可以看出,中国古代察狱以情中的情有广义和狭义之分。前者包括认定事实的全部信息资料,后者仅指与争议事实相关的事实及争议事实发生时的情境事实,不包括证据(含供词)与受讯人的表情。

三、察狱以情的功能

察狱以情有助于司法者判断争议事实及证据的真伪,这是其基本功能。具体而言,又可分为入罪功能与出罪功能。当然,此处所言的入罪功能与出罪功能,是从确定嫌疑人及排除嫌疑人或有罪者身份而言的,而非直接认定有罪或无罪。

(一) 察狱以情的入罪功能

察狱以情的入罪功能主要体现在案件发生后,嫌疑人未确定之时。在此阶段,司法者依据相关人员的反常表现,可以将其判定为犯罪嫌疑人或者至少是知情人。宋代一案的司法者即是通过察情判断相关人员与犯罪有关。《折狱龟鉴》载:张昇知润州。有妇人夫出,数日不归。忽闻菜园井中有死人,即往视之,号哭曰:“吾夫也”。遂以闻官。昇命属吏集邻里就其井,验是其夫否。皆言井深不可辨,请出尸验之。昇曰:“众皆不能辨,妇人独何以知其为夫?”收付所司鞫问。果奸人杀其夫,而与闻其谋也。^{③②}本案中妇人能够独知井中之人为其夫,实属反常。因而司法者认为其与被害人之死必有关联,审理的结果是妇人为案件知情人。找到知情人,嫌疑人的身份亦不难确定。察狱以情欲实现其入罪功能,所察之情应当满足两个要求。一是作为情的事实发生在案件争议事实之后或者至少与争议事实同时发生。为何发生在争议事实之前的情一般不能作为入罪之情?我们知道,犯罪发生之前的事实如果与犯罪有关联,一般表现为犯罪的条件或原因。由于犯罪是非常极端的行为,因而即使作为犯罪发生的条件事实或者原因事实已经具备,亦不意味着犯罪实际上就会发生。比如在一起人命案件中,官府发现某人与被害人有严

^{③①} 郑克:《折狱龟鉴》卷六,清嘉庆墨海金壶本,第100页。

^{③②} 参见前注^{③①},郑克书,第79页。

重矛盾,但并不能表明某人就会杀害被害人。二是作为情的事实必须是反常事实,正常事实不能表明嫌疑人与犯罪一定有关系。比如行为人发现被害人尸体却没有向官府告发反而离开的事实,这一事实并不能表明其与犯罪有密切关系。因为一个人在担忧被牵连的心理支配下逃离无意中闯入的犯罪现场是普通人的正常做法,并不能表明他与犯罪事实有关。所谓反常事实是基于行为人作为一个无辜者而言的。如假定该行为人可能有罪,该事实反而显得正常。反常事实的反常程度应当如此理解,即出现在行为人身上的这一反常之情如果不用行为人已有犯罪之举或至少知晓犯罪事实则无法解释。比如前述宋代润州案中的妇人能够知晓井中之尸为其夫,妇人如果不知其夫已死并被弃于井中,则无法知晓井中之尸为其夫,毕竟“井深,众皆不能辨”。此案中的“众皆不能辨”即属无辜者表现出来的正常之情。而妇人“独能辨”则属反常事实。在出现事后反常之情时,司法者对行为人作出与犯罪有关联性的判断,理由相当充分。

能够实现入罪功能的情既可以是嫌疑人在事后自发表现出来的,也可以是司法者精心设局诱导行为人在不知觉的状态下表现出来的。前述宋代妇人称井中尸为其夫就是其自发表现来的,但此种自我暴露的行为相当愚蠢,因而并不常见。司法者若指望以此确定嫌疑人,有守株待兔之弊。为此,有些擅长谲审的司法者会精心设局,诱导未进入司法者视野的知情人或犯罪嫌疑人自我暴露,从而锁定嫌疑人身份。晋代一则案件的审理可以看出司法者精心设局对发现入罪之情的作用。陆云为浚仪令。民有被杀而主名不立者。云录其妻,而无所问。十许日,遣出,密令人随其后。谓曰:“不出十里,当有男子候之与语,便缚来。”既而果然。问之具服,云:“与其妻同谋杀之,闻得出,欲与语,畏惮近县,远相要候。”人皆叹服。^③ 本案中被害人之妻与男子秘密交谈的事实对于行为人而言属反常事实,行为人若是无辜者则不会因为畏惧而远相要候。但该事实不是行为人自发表现出来的,而是在司法者审录被害人之妻十余日却无所问的基础上才有如此行为。司法者录其妻表面看来是为了了解案情,其实只是个诱饵。由于司法者录被害人之妻十余日才遣其出,嫌疑人急欲知晓司法者掌握了哪些信息,故而很难抵制这一诱饵的诱惑力。结果是自以为高明的远相候问,暴露了其与犯罪有关的事实。当然,无论是行为人的自发表现,还是司法者诱其作为,入罪之情的事实都必须是发生在争议事实之后且反常的事实。

(二) 察狱以情的出罪功能

察狱以情的出罪功能体现在案件已确定嫌疑人以及当事人已被认定有罪的阶段。在这一阶段,司法者可以通过察情对嫌疑人所涉犯罪事实或被告人已被认定的犯罪事实作出可能不存在的判断,在此基础上继续审理进而查明真相,最终为嫌疑人洗脱嫌疑及为已被认定为有罪的被告人平反冤狱。我们先来考察一下察狱以情为嫌疑人洗脱嫌疑的情形。《折狱龟鉴》载一则案例的审理过程如下:刘贺为怀州修武令。民有醉不能归

^③ 参见《晋书·陆云传》。

者,其倡得其衣以还其家。醉人道毙,丧家遂执以诉。贺曰:“以衣还者,非所以杀也。”^{③④}本案醉民之家以民倡交还的衣物为依据,认为民倡系杀民之人。在被害人家属看来,民倡显然有杀人嫌疑。若司法者不察情理,只是以民倡为嫌疑人而一味刑求,很可能会酿成冤狱。所幸司法者能够以情察狱,为民倡洗脱嫌疑,从而在源头上阻却了冤狱产生。察情不仅可以为无辜者洗脱嫌疑,即使对于被告人已认罪的案件,一样可以发现其有罪认定的可疑之处,并进而为无辜者平反冤狱。明代一案的司法者就是如此发现并平反冤狱的。该案情节如下:许襄毅公进官山东时。单县有田作者,其妇饷之。食毕,死。翁姑曰:“妇意也。”陈于官,不胜箠楚,遂诬服。公遍审狱囚。至饷妇之狱,乃曰:“夫妇相守,人之至愿;鸩毒杀人,计之至密者也。焉有自饷于田而鸩之者哉?”遂询其所馈饮食,所经道路。妇曰:“鱼汤米饭,度自荆林,无他异也。”公乃买鱼作饭,投荆花于中,试之狗彘,无不死者。妇冤遂白。^{③⑤}本案被认定的犯罪事实是民妇鸩毒其夫,但该犯罪事实发生的情境事实是民妇自饷其夫于田。这一情境事实明显不合情理,因为民妇在此种情境下实施犯罪极易暴露。司法者以此情为反常,否定了先前司法者对其作出的有罪认定,进而重新调查被害人死因,最终查明真相,为被告人洗冤。

察狱以情的出罪功能还表现为通过察情否定已有事实认定中有罪证据的真实性,进而否定已有的有罪认定。我们知道,尽管中国古代司法非常重视情理对事实判断的影响,但这并非事实认定的主流模式。依证据(含口供)认定事实仍然是事实认定的主要模式。不过在依证据认定事实的模式中,察狱以情仍然有发挥作用的空间,主要表现为司法者可以通过察情来判断证据的真伪。由于证据本身也是一种事实,与案件事实并无本质上的区别。因此察情判断证据的模式与判断案件争议事实的模式是相同的。清代名幕汪辉祖就曾通过察情来判断证据的真伪。《续佐治药言》载:余为平湖令刘冰斋刑幕。邑有回籍逃军盛大以纠匪抢夺被获,讯为劫案正盗,且起有蓝布棉被,经事主认确。当晚冰斋覆勘,余从堂后听之。顾供出犯口,熟滑如背书。首伙八人,无一语参差者。疑之。使冰斋故为增减案情,隔别再讯。则或认,或不认,八人者各各歧异。至有号呼诉枉者。令人依事主所认布被颜色新旧借购二十余条。余私为记别,亲自以事主原认之被再次给认,竟懵无辨识。于是提犯研鞫,佥不承认。细问其故,盖盛大到官之初,自认为逃军又犯抢劫,更无生理,故讯及劫案,信口妄承。而其徒皆附和之。^{③⑥}本案被告盛大及其徒属的口供是证明其犯罪事实的重要证据。汪辉祖在听审过程中发现众人口供过于一致,认为这一现象违背常理,遂怀疑口供可能不实。尽管清代司法在制度上要求各种证据能够印证一致,但言词证据过于一致反而可疑。汪辉祖之所以认为众供过于一致不合常理,是基于其对人的认知能力、记忆能力和描述能力局限性的认识。对于众人共同参与的犯罪行为,即使每个人都如实陈述,也很难完全一致。因为每个人做出陈述需要经过三个环节,即认知、记忆和描述,而这三个环节都与人的主观因素密不可分。尽管客观事实是相同

^{③④} 前注③,郑克书,第26页。

^{③⑤} 参见冯梦龙:《智囊补》卷九,明积秀堂刻本,第323页。

^{③⑥} 参见汪辉祖:《续佐治药言·草供未可全信》,清乾隆五十四年(1789年)双节堂刻本,第7页。

的,但每个参与者的认知、记忆与描述能力各不相同,因此最后的陈述有差异乃是必然。众人陈述完全冲突固然表明一定有人作不实陈述,但完全一致也不意味着所述为真,而可能是各陈述者混供或串供所致。

察情不仅能判断言词证据的真伪,对实物证据的真伪亦可判断。《名公书判清明集》载:杨迪功与人争坟,云“已经年载,土内有石碑可照”。渠令其仆人自掘入一尺土余,见石一片,约长尺四五许,凿数字其上。又无支书记载,土内有石,何缘而知之,此人情之不能无疑也。^{③7} 本案中杨迪功诬告对方侵占坟山,提供伪造的石碑作为证据。但司法者认为原告在无支书记载的情况下知道土内有石碑之事违背常理,遂否定这一证据的证明力,进而否定了当事人依此证据提出的主张。但通过察情判断证据的效力,在民间细故案件与刑名重案之间有所区别。从前述记载可以看出,对于刑名重案的有罪证据,通过察情只能怀疑其真实性。司法者还须采取进一步调查手段,对证据进行证伪,才能否定该证据证明力。而对民间细故案件中的证据,司法者只要在情理上产生怀疑,就可以不采信该证据。如本案中司法者就不需要查明行为人是如何伪造石碑并埋进地下的事实。

(三) 察情更宜于出罪

在探究察狱以情的入罪与出罪功能时,我们发现一个有趣的现象。从逻辑上讲,察狱以情原本就具备入罪与出罪双重功能。实践中司法者既会通过察情入罪,亦会通过察情出罪。但我们考察中国古代司法文献关于察狱以情的记载时,发现无论是司法者还是文献记录者,似乎都对察狱以情的出罪功能关注更多。《隋书》记载裴政察情判断刘荣与赵元恺陈述的真实性时,察情结果就是认为二人不可能作出虚假陈述。前述宋代刘贺在审理怀州民醉毙案时也通过察情判断被告无罪。郑克还特别肯定了该案中察情的出罪意义,称被告“若不遇贺以情理察之,则彼负冤未易得释也”^{③8}。不仅对在审案件的嫌疑人,司法者可以通过察情疑其无罪,对于已经审结案件的被告,司法者同样可以作出如此判断。宋代一案的平反即是因司法者在复审已结案件时察情判断被告可能无罪的基础上再重新调查案件才得以实现的。《折狱龟鉴》载:王晦叔知潞州时,有杀人狱已具。晦叔察情非是,而面讯之。其人自谓不获真杀人者无免理,终不自明。僚属皆言无足疑。固留不决,而密以物色捕杀人者,得之。^{③9} 本案虽属已具之狱,但司法者并未简单相信原审的有罪认定,而是在察情疑其无罪之后重审案件并最终为无辜者释冤。本案复审者的可贵之处在于,尽管其对被告作出察情无罪的判断时并没有得到被告的回应,也没有得到同僚的认可。但他没有放弃,而是重新调查案件。这固然说明司法者有强烈的慎刑意识,也表明他对察情所作的出罪判断相当自信。

此种现象具有一定的普遍性,清代一则案件的平反亦具同样特点。诸城县民徐瓌被人掷石殴毙。县役许大成诬押徐瓌同庄居住之孙二,令其邻近幼小从旁力证,县府遂以图财害命定拟。(复审阶段)孙二到案初,亦诬服。公察情色有异,乃逐层推勘。得栽

^{③7} 参见《名公书判清明集》,中华书局1987年版,第318页。

^{③8} 前注^{③1},郑克书,第26页。

^{③9} 参见前注^{③1},郑克书,第20页。

赃拷逼各情由,许大成等亦供认不讳。^{④①} 本案同样属于已定罪案件,复审时被告同样没有呼冤,但复审者没有拘于定案结论,而是在察情有异的情况下重新审理,最终发现事实真相。可见察情的出罪功能委实更受司法者青睐。不唯司法者如此,在普通人的观念中也大都认为察情更适宜于出罪。

记录察情入罪的案件虽然也有,但数量明显少得多。更重要的是入罪正确的案件记录中都没有明确的察情表述。比如记载前述宋代张昇与晋代陆云察情入罪的文献中,都没有出现察情或察狱以情的文字。而察情出罪的案件中则经常有“察情非是”“情色有异”“情理不能无疑”等表达。由此可见,不仅司法者更重视察情的出罪功能,司法文献的记录者也更愿意记载察情出罪的案件。之所以会出现这一现象,主要有两个原因。

1. 与察情自身的特性有关

相对于入罪,察情更宜于出罪。我们试以清代一则案件为例来分析察情入罪与察情出罪的差异。《折狱龟鉴补》载:山东廪生某,与表妹有私。表妹父叔同胞,其祖又纳妾,生一子。家故富,平日两兄耿耿视弟,因而祖父亦与父叔不睦。会妹远嫁,与廪生睽隔数年,无由相聚。庶叔年稍长,祖为毕姻,诸亲戚集。廪生伺于门,表妹乘车至,即携手至柴室狎褻,情急忘闭门。庶叔适如厕,突其遇见,恐其泄也,以带勒毙之,埋于积柴中。迨彩舆至门,遍索新郎不得,数日无耗。久之,秽气渐出,得尸于柴内,颈有绳痕。疑两兄谋弟,其父亦述其阇墙状,乃缚以鸣官。穷治经年,五毒备至,已诬服。新令尹至,阅供招而疑之,以为:“两兄谋弟,何时不可,奚必待新婚众亲毕集时?且不予暮夜,而于白昼,必有别情,非细鞫,虑致冤折。”乃大索是日贺喜者,隔别研讯。有一邻人业圯者,最后来贺。询其因何迟至,以早间代人检屋漏对。询:“屋上望见是家否?”曰:“望见。”“尔望时有所见否?”曰:“见廪生与新郎侄女,携手入柴屋。随见新郎执纸过柴屋门而登厕。我适整瓦,毕遂下屋,他无所见也。”官曰:“得之矣。”遂拘廪生及表妹,一讯而服。乃置之法,而释其两兄。^{④②}

察情入罪功能与出罪功能的差异,体现在以下四个方面。其一,入罪与出罪的标准不同,入罪标准高而出罪标准低。如前文所述,由于犯罪是极端行为,发生概率较低,因而不能仅凭行为人在某一方面有犯罪可能就认为其有罪。判断行为人有罪,需要行为人在各方面的表现都符合犯罪构成要件事实,比如犯罪动机、犯罪时间、犯罪地点、犯罪方式、犯罪后逃避惩罚的举动等。本案先前审理的司法者以两兄与弟不睦且欲谋其财为情,得出两兄可能杀弟的判断。察情入罪仅有犯罪动机一项,且嫌疑人并无事后反常表现,可见本案的察情入罪相当勉强。而出罪则不同。由于认定犯罪成立需要各方面要素具备,因而否定犯罪只需要否定某一要素即可。故而司法者不能以相关人员的某一表现符合犯罪构成要件就判断其有罪,但却可以因某一表现不符合构成要件事实而怀疑其无罪。本案中新令面对两兄在弟新婚时白日谋弟的情境事实,认为其犯罪时机不合情理,

^{④①} 参见顾镇:《黄昆圃先生年谱》卷下,清畿辅丛书本,第32页。

^{④②} 参见陈重业主编:《折狱龟鉴补译注》卷三,北京大学出版社2006年版,第362页。

进而认为犯罪本身不合理,如此察情符合逻辑,后来也得到了证实。

其二,入罪与出罪的对象不同。入罪对象广泛而出罪对象特定。由于察情入罪发生在嫌疑人未确定阶段,因而所有与案件有关联的人都可能成为察情入罪的对象。诚如前文所言,与犯罪动机、时间、地点、行为、条件、表现相关的人都有可能成为察情入罪的对象。如果司法者没有认识到入罪之情应当符合事后反常的条件,其察情入罪错误的可能性会非常高。具体到本案,所有当日参加婚礼的人都有实施犯罪的可能,察情者在众多人员中察其中一人之情入罪,其正确的概率是实际犯罪人与有条件犯罪人数量之比。假定当日有百人参加婚礼,则入罪正确概率只有百分之一,错误概率高达百分之九十九。而察情出罪则不然。由于察情出罪只针对已被认为是嫌疑人或有罪之人。我们同样假定司法者察情能力并无保障,仅从概率来看,其察情出罪的错误也只有百分之五十。以本案而言,后来司法者对两兄察情出罪。被害人要么为两兄所害,要么不是,没有第三种可能。可见察情出罪错误的概率是可以确定的,而察情入罪错误的概率则远高于此。

其三,入罪与出罪的主体不同。察情入罪的主体在范围上大于察情出罪的主体。与察情出罪的主体仅为司法者不同,察情入罪的主体除司法者外,还包括与嫌疑人或被害人有关的人。如前述宋代刘贺审理的案件中,死者家属以嫌疑人得死者之衣还其家为入罪之情,察情入罪主体就是死者家属。而本案中首先认为两兄可能谋弟的也并非司法者,而是被害人与嫌疑人的亲友,其中就包括他们的父亲。与被害人及被告人有关的人因其法律素养不足,基本不可能认识到入罪之情的基本要求。再加之他们与当事人关系紧密,故而错误察情入罪的可能性要远高于司法者。而察情出罪主体都是司法者,尽管他们中也有职业素养不高者,但总体上看,其认知能力与判断能力毕竟要高于普通民众。再加之他们与案件当事人关系较为疏远,故而能够以更中立的态度看待案件,因而察情判断的正确性在总体上要高于普通民众。

其四,察情入罪与出罪的最终处理结果不同。察情入罪导致错误结果的可能性要高于察情出罪。司法者对嫌疑人察情入罪,有错误和正确两种可能。如果察情入罪错误,由于嫌疑人原本无罪,而最终如认定有罪,其间一定会伴有严酷刑讯。如本案最初的审理就有“五毒备至”的情形,也不出意外地导致了诬服的结果。如果察情入罪正确,有的嫌疑人可能会在理屈词穷的情形下认罪;但不排除部分嫌疑人纵然有罪却不认罪,最终依然可能需要适用刑讯。《疑狱集》载:前汉时,有一人持一缣入市。遇雨,以缣自覆。后一人至,求庇荫。因授与缣一头。雨霁当别,因争云是我缣。太守薛宣命吏各断一半,使人追听之。一曰君之恩,缣主乃称冤不已。宣知其状,拷问乃伏。^⑫ 本案司法者察情入罪正确,当事人亦自知有罪,但并不认罪,而是在刑讯后方始认罪,可知有罪却不认罪者确有人在。由此可见,司法者察情入罪,其最终结果有很大可能会在刑讯后以认定有罪结案。而刑讯在古代社会虽长期合法,但并不为有识之士认同。故而我们能看到的正确

^⑫ 参见和凝:《疑狱集》卷一,载杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》(第1册),中国社会科学出版社2005年版,第237页。

的察情入罪案例,都没有适用刑讯的记载,这自然会导致察情入罪的案件在文献中出现较少。而察情出罪则不然。如果察情出罪错误,由于古代司法没有无罪推定原则,一个真正有罪者在成为嫌疑人之后,纵使又被司法者怀疑其可能无罪,其被错误释放的可能性也极小。因为被错误察情出罪的嫌疑人如真正有罪,则意味着司法者不可能找到“真凶”,因而错误察情出罪的嫌疑人基本不可能被错放。在笔者目力所及的古代案例中,尚未见到真正有罪者被认定为嫌疑人或被定罪后又错误释放的情形。而察情出罪即使正确,司法者也不能直接释放嫌疑人。如须成功释冤,往往还需要司法者通过积极收集证据、用心审理案件才能发现案件真相。如本案后来的审理就有“大索贺喜者及隔别研讯”等传统社会司法者普遍认可的审理方式。用正当的方式实现正义,自然会为司法文献乐于记录。

2. 与察狱以情最初形成时的语义背景有关

前文已经指出,察狱以情最初由蔡邕提出。虽然概念本身并无出罪与入罪偏向,但其后续内容却是“钦于刑滥,惟务求轻”,从语境上看更易使人们将其与断狱从轻相联系。作为其思想源头的“用情讯之”,同样有很明显的出罪倾向。郑玄在解释“用情讯之”时即称:“用情理言之,冀有可以出之者。”^{④③}可以看出,察狱以情的语义背景为其设定了浓郁的出罪色彩。这一色彩自然会影响到后世司法者及司法文献记录者,使得他们在联想到察狱以情时就会不由自主地认为其利于出罪。由此,尽管从理论上说,察狱以情可以对犯罪是否发生及是否由特定嫌疑人实施作出可能性的判断,因而对特定人员的入罪与出罪具有相同的功能。但由于察情入罪与出罪自身存在的差异,再加之察狱以情概念形成之初语境因素的影响,使司法者及司法文献记录者认为察狱以情的作用应更多地体现在出罪方面。故而在古人观念中,发现并平反冤狱是察狱以情的主要功能。

四、察狱以情的现代价值

(一) 察狱以情与经验法则

我国当代法律中没有察狱以情的概念与制度,与其较为接近的概念是经验法则。至于何为经验法则,学界的观点并不一致。我国台湾地区学者陈朴生认为:“经验法则,系本吾人生活之经验,而为判断证据证明力之基础,且非事理所无,并在客观上应认为确实之定则。”^{④④}毕玉谦则认为:“经验法则是法官依照日常生活中所形成的反映事物之间内在必然联系的事理作为认定待证事实的根据的有关法则。”^{④⑤}关于经验法则适用对象,陈朴生主张仅限于判断证据,毕玉谦将其限定为判断待证事实,两者泾渭分明。关于经验法则适用的依据,陈朴生认为经验法则不能为事理所无,这显然是片面的。事实上如

^{④③} 蔡邕、郑玄都将察情与出罪相连,并非偶然,应当是他们也认识到了察情更利于出罪这一特征。

^{④④} 陈朴生:《刑事诉讼法实务》,海天印刷厂有限公司1979年版,第564页。

^{④⑤} 毕玉谦:《试论民事诉讼中的经验法则》,载《中国法学》2000年第6期,第111页。

果当事人主张的判断证据证明力的定则如果为事理所无,则司法者可以对该证据作出否定性判断,这依然是对经验法则的适用。比如甲控乙称欠其一万元,并提供乙出具的借条为证。借条上有“今乙借到甲人民币一万”字样。乙承认借条为其书写,但辩称所借款项为人民币一万分,合计人民币一百元。乙主张的借款数额以分为单位的定则显然为事理所无,故而乙关于证据内容的主张不得为司法者接受。司法者作出这一判断同样是对经验法则的遵守。关于经验法则的适用主体,陈朴生认为是普通主体,毕玉谦认为是法官。这一差别并不重要,虽说普通人亦可以凭借经验法则来判断事实,但若相关方不认可,最终的分歧还须法院来解决。故而还是将经验法则的适用主体确定为法官比较合理。

我国当代法律亦有关于经验法则的规定。2019年《民事诉讼证据规定》第85条规定:“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断。”^{④6}2002年的《行政诉讼证据规定》第54条也作出了类似规定,只是适用主体变成了法庭,与民事诉讼相比并无质的变化。^{④7}在刑事诉讼中,2010年的《死刑案件证据规定》第33条规定:“没有直接证据证明犯罪行为系被告人实施,但同时符合以下条件的,可以认定被告人有罪。”其中第五项内容为:“运用间接证据进行的推理符合逻辑和经验判断”。^{④8}经验法则的适用主体包括侦查人员、检察人员及审判人员。结合学者观点和法律规定,笔者认为,所谓经验法则是指司法人员依据日常生活经验,对诉讼证据本身及其与待证事实的关系所作的确定性判断,这一判断在没有反证的情况下可以作为定案事实。

中国古代察狱以情的理论逻辑与经验法则相类。情与案件事实之间的逻辑关系被称为理。古人曾多次论及情与理的关系。郑玄注“用情讯之”时就称“用情理言之”;东魏源子恭在奏称梁朝逃亡东魏的许周所言不实时亦用了“推察情理”一词。^{④9}如司法者察情得出的结论符合逻辑,则可视为有理;反之则为无理。唐代徐有功批评某一官员认定事实不合逻辑时即用了“未闻此理”一词。古人心目中的理究竟该作何解。笔者认为,察狱以情中的“理”与经验法则相同,都是指生活经验。察情合理也就是符合生活经验。这是察狱以情与经验法则的共同之处,但两者亦有明显不同,主要有三点。

第一,经验法则只能判断证据事实,判断争议事实是通过判断证据事实实现的;而察狱以情则既可以判断证据事实,亦可以直接判断争议事实。

第二,依经验法则判断的事实为确定性事实,可以直接认定;而察狱以情判断的事实基本上为可能性事实,通常情况下还须经证据证明。比如汉代一案中司法者判断事实的理由就是如此。《汉书》载:东海有孝妇,少寡,亡子,养姑甚谨。姑欲嫁之,终不肯。

^{④6} 载中国人大网 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201912/9bce4fdad6734765b316f06279aba6b8.shtml>。2022年7月17日访问。

^{④7} 载法律图书馆, http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=40817。2022年7月17日访问。

^{④8} 载找法网, <https://china.findlaw.cn/bianhu/sixing/sxzd/38976.html>。2022年7月17日访问。

^{④9} 参见《魏书·源子恭传》。

姑谓邻人曰：“孝妇事我勤苦，哀其亡子守寡。我老，久累丁壮，奈何？”其后，姑自经死。姑女告吏：“妇杀我母。”吏捕孝妇。孝妇辞不杀姑，吏验治，孝妇自诬服。具狱上府，于公以为此妇养姑十余年，以孝闻，必不杀也。太守不听，于公争之，弗能得。乃抱其具狱，哭于府上，因辞疾去。太守竟论杀孝妇。^{⑤0} 本案中于公以孝妇养姑十余年为依据，得出孝妇不会杀姑的判断。但这一判断是概然性判断，而非确定性判断。事实上孝妇养姑十余年，仅仅表明她杀姑的可能性极小，却并非事理所无，不能完全否定原审中认定孝妇杀姑的判断。复审中太守之所以不采纳于公的主张，也是认为孝妇并非没有杀姑可能，况且孝妇还承认了杀姑的事实。事实上，对于察狱以情中的理有例外，古代也有人有清醒的认知。明代余自强认为：“事真不必论理。昔有一吏，合伙打劫，阵上拿获。问者曰：‘此吏也，未必遽至是。’此论理太过也。”^{⑤1} 文中所引问者以行为人具有吏的身份对其作出不可能打劫的判断，是典型的察狱以情。但本案的察情判断却是错误的。司法者之所以判断错误，是因为当事人身为吏员，却合伙打劫，属于理有例外的情况。在理有例外的事实已经得到有力证据证明（亦即司法者察情所作的判断已被确定事实推翻）的情况下，司法者还坚持其察情的判断，显然不符合察狱以情的原理。理有例外是察狱以情与经验法则的重要区别。

当然，需要说明的是，依据经验法则对事实作出的确定性判断与察狱以情的做法并不冲突。究其实质而言经验法则乃是察狱以情的一种特殊表现。因为察狱以情对事实作出的判断虽以可能性判断为主，但倘若可能性极大则与确定性判断基本无别。前引两则案例中察情作出的是可能性判断，下面这则案例中司法者对争议事实的判断即属于确定性判断。该案案情如下：嘉庆十二年，有人赘岳家的霍丘县人范寿子失踪，其父报官。县审认定范寿子于正月十三日夜间被范顾氏与杨三凶殴致死并支解煮成肉汁。府审无异，招解到司。复审者疑曰：“范寿子正月十三夜同妻母弟诸人出观灯，灯散回家。乡间虽无更鼓，应有二更时分矣。又他往斗牌返，已三更矣。返后范顾氏与杨三及母弟诸人商定，各持械将范寿子凶殴致死，已四更矣。又将尸支解，煮成肉汁，捞骨烧灰，然后弃埋漫地。人肉未经煮过，猪肉则所常食，每烹煮必须一二时方熟，若要熬成肉汁，非昼夜不能。四更至五更，为时几何？此不确之大端也。”^{⑤2} 本案初审司法者认定被害人尸体被支解并熬成肉汁只用了两更时间。复审司法者认为猪肉被熬煮成肉汁需要一昼夜，因而判定被害人不可能在短暂的时间内被支解并熬成肉汁，这一判断具有确定性。司法者得出确定性结论依据的正是日常生活经验，在当时被视为察狱以情，其作出确定性判断与适用经验法则效果相同。由此可见，依据经验法则对案件作出确定性判断乃是察狱以情的一种特殊形态。

第三，依经验法则倾向于对事实作出肯定性判断，而察狱以情更倾向于作出否定性判断。虽然从立法上说，民事诉讼证据规定与行政诉讼证据规定都只要求法官判断证据

^{⑤0} 参见《汉书·于定国传》。

^{⑤1} 余自强：《治谱》，载杨一凡主编：《历代珍稀司法文献》（第2册），社会科学文献出版社2012年版，第574页。

^{⑤2} 参见前注④1，陈重业主编书，第411页。

应当依据经验,并未强调应作出肯定性判断。但死刑案件办理中的证据规定则要求在无直接证据证明行为人有罪时,若依据间接证据认定行为人有罪,其中间接证据与待证事实关系的判断要符合经验法则。很明显,此一规定强调依据经验法则对有罪认定作出肯定性判断。至于学术界的观点,更是主张事实认定非事理所不及与待证事实有必然联系,即认定事实成立应符合经验法则。而察狱以情则更重视对事实作出否定性判断。比如清代王又槐认为:“供词须近情理……无情理者,虽执有确据,亦应驳诘。”^{⑤3}可见在王又槐心中,察情主要不是为了保障事实认定更可信,而是要找出已有事实认定存在的问题。

(二) 察狱以情的实践意义

由察狱以情与经验法则的关系可以看出,经验法则对当代我国司法实践中事实认定的影响还存在一定局限性。特别是刑事审判领域,由于经验法则只能判断间接证据认定有罪事实成立时的标准是否达到。因而若司法者能够获得直接证据并予以认定有罪事实成立,则经验法则阻却错误认定的功能便无法发挥。亦即如果被告人承认其实施了被指控的犯罪行为,哪怕其所述事实不合常理,亦不能以其不符合经验法则而质疑其可信性。因为这一做法没有法律依据。故而依经验法则解决不了司法实践中存在的问题。此时就需要引入传统司法中的察狱以情,以应对司法实践中依据直接证据认定事实特别是有罪事实不合理的问题。重视察狱以情的实践价值,要求司法者在判断入罪之情应当非常慎重,而对出罪之情则应给予充分关注。

首先,司法者要慎用察情入罪。鉴于察情也具备入罪功能,因此有的司法者会通过察情对行为人作出有罪判断并进而采取一定的审理措施。但前文已经指出,入罪之情应当满足两个要求,即事后发生与违背常理。如果司法者所察之情不符合这一要求,却以之入罪,就可能导致冤狱。宋代一则案件中司法者的察情入罪就存在这样的问题。《折狱龟鉴》载:姚仲孙为许州司理参军时,民有被盗杀者。其妻言:“里胥常责贿于夫,不与而怨之,此必盗也。”乃捕系狱,将傅以死。而仲孙疑之,知州王嗣宗曰:“若保非盗耶?”然亦不敢遽决。后数日,果得真盗。^{⑤4}本案中司法者据被害人妻所言事实推定行为人有杀人嫌疑,将其逮捕系狱。我们知道,里胥责贿于民,虽不具备正当性,但却并非反常事实,而且是发生在民被杀之前。对照入罪之情的两个条件,皆不符合。因而依据这一事实是得不出里胥杀民这一判断的。司法者违背经验法则,滥用察情的入罪功能,险些酿成冤狱。

当代社会的司法实践中,同样存在司法者滥用入罪之情的情况。在河南赵作海冤狱中,司法者仅凭赵作海与所谓被害人赵振响有矛盾,就从情理上推断赵作海可能是杀害赵振响的凶手,并对赵作海实施刑讯,强迫其作出有罪供述。直到多年后赵振响现身,赵作海之冤才得以昭雪。^{⑤5}从前文分析可以看出,通过察狱以情对相关人员进行可能有罪的判断,所察之情只能是事后发生的反常事实。本案中的赵振响只是失踪,是否死亡尚

^{⑤3} 王又槐:《刑钱必览》卷一,载杨一凡主编:《历代珍稀司法文献》(第3册),社会科学文献出版社2012年版,第1217页。

^{⑤4} 参见前注^{⑤1},郑克文,第6页。

^{⑤5} 参见河南省开封市龙亭区人民法院(2011)龙刑初72号刑事判决书。

未确定,自然也就不应当去通过察情确定谁可能有罪。退而言之,即使赵振响已确定死于他杀,也不能以赵作海与其曾经有矛盾就判断其可能为凶手。毕竟,按照入罪之情的两个标准,赵作海与赵振响有矛盾并非反常之事实,而且两人有矛盾也发生在赵振响所谓的被害之前。可见,按古代社会察狱以情作出有罪可能性判断的标准,本案的事实判断并不符合这一要求。同时,本案的事实判断也不符合当代社会运用经验法则认定事实的要求。本案属于刑事杀人案件,被告若被认定有罪,有判处死刑的可能。因而本案若适用经验法则,则应以《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》的相关内容作为判断依据。本案司法者以赵作海与赵振响两人有矛盾为前提事实,对赵作海作出可能杀害赵振响的判断,这一做法并不符合上述规定的情形。一是司法者作出此种判断时并无间接证据,二是此种判断不是认定犯罪事实,而是对犯罪事实的存在作出可能性判断。在事实判断不合常规的基础上再辅以非法刑讯,冤狱形成在所难免。

此种滥用入罪之情还体现在余祥林冤案中。余祥林之妻张在玉失踪后,其家人控告余祥林杀妻。当侦查机关掌握了余祥林与张在玉关系不睦的事实后,遂相信争议事实为真。本案与赵作海案一样,司法者所察之情发生在争议事实出现之前,而且属正常事实。侦查机关以夫妻有矛盾为情,得出夫杀妻的事实判断,显然也是察狱以情的滥用。古代社会中之所以滥用入罪之情会形成冤狱,一个重要推手就是刑讯合法,司法者以行为人有犯罪的可能为由对其实施刑讯,很容易迫使被告自诬有罪。当代社会刑讯在制度上被完全禁止,理论上滥用入罪之情不应该存在,但事实上我国当代司法实践中的刑讯或变相刑讯还依然存在,因此滥用入罪之情与违法适用刑讯相结合,同样会产生冤狱。因此预防冤狱产生仅有严禁刑讯及变相刑讯是不够的,更重要的是应在侦查开始阶段做好滥用入罪之情的预防。

其次,要高度重视出罪之情。察狱以情的主要价值在于其出罪功能,当代司法者借鉴察狱以情的正确态度应当是高度重视案件的出罪之情。与入罪之情不同,出罪之情既可以发生在事前,亦可以发生在事后。因此,司法者要本着不能冤枉任何一个无辜者的态度,认真对待每一个出罪之情。但实践中有的司法者对案件中出罪之情没有给予起码的关注。司法人员忽略出罪之情主要有两个方面表现:

一是对明显的出罪之情极不重视。这在杨宗发杀母冤案中的表现非常突出。1998年1月19日,贵州省六盘水市公安局接到群众举报,称“六盘水工务段水电工区公厕的化粪池内发现一具尸体”。经几名群众指认,死者是83岁的张华秀,家住东风路北步巷,是工务段退休职工杨宗发之母。案发后,警方凭借张华秀曾为讨要赡养费和杨宗发打过官司,认定杨宗发及其妻李明英、长女杨显芬、女婿谢华、二子杨显强以及五子杨显华等六人有重大作案嫌疑,遂对他们进行了逮捕审查。经过严酷刑讯逼供,杨宗发等人被迫认罪。按照察狱以情的思路,本案的入罪之情为张华秀与杨宗发的母子矛盾。司法者正是以这一入罪之情将杨宗发一家人都列为犯罪嫌疑人。但前文已述,此种事前发生的正常事实根本不能成为入罪之情,这一判断完全不符合察狱以情的应有做法。更严重的问题还在后面。杨宗发与张华秀的母子关系是典型的出罪之情。因为双方至亲关系的存

在,张华秀被杨宗发杀害的可能性远低于被其他人杀害的可能性。亲情关系作为出罪之情,古人对此早有认知。如宋代陆九渊在知荆门时,有诉人杀其子者,九渊曰:“不至是”,及追究其子,果无恙。^{⑤6} 陆九渊基于被害人为被告人之子这一事实,得出被告人不太可能杀害被害人的判断,这一判断后来得到事实证明。而本案的侦查人员完全无视张华秀与杨宗发的至亲关系,在没有必要证据的情况下认定杨宗发带领全家杀母,完全违背察狱以情的原则。此外,本案的事实认定还有一处亦与察狱以情的要求相冲突。众所周知,杀人尤其是杀害自己的生母是极度骇人之事,行为人纵使天良丧尽,悍然实施,亦只会秘密进行。本案中被害人张华秀是一个年逾八旬的老妇,体力极弱。作为其子的杨宗发,果真欲杀亲母,一人足可胜任,完全没有必要带上全家一起犯罪。因此这一指控事实同样是察狱以情中典型的出罪之情,也同样没有受到司法机关起码的重视。^{⑤7}

二是对可据以认定有罪证据不可信的出罪之情没有关注,致使不合情理的证据得以成为定罪证据,从而酿成冤狱。以聂树斌案为例,被告供述其勒死被害人康某某的女式花衬衫是其从一个收废品者之处窃得。本案中女式花衬衫是关键证据,而聂树斌关于盗窃花衬衫的供述则是说明关键证据来源的证据。但这一供述显然是违背情理的。据被告供述,其犯罪是临时起意的行为,不可能事先准备犯罪工具。即使准备犯罪工具,也不可能去偷一件女式花衬衫做工具。^{⑤8} 而且侦查人员并未另行收集到有力的证据证明被告人有异装癖及盗窃前科以消除被告人关于花衬衫来源陈述的可疑之处。令人遗憾的是,对这一明显不合情理的事实,侦查机关没有考虑到其对有罪供述的否定功能,从而未能对指控事实产生怀疑,失去了一次可贵的察情出罪机会,最终酿成冤案。

五、余 论

察狱以情虽具有入罪功能与出罪功能,但因为入罪功能实现的可能性较小,出罪功能发挥空间更大,因而更宜于出罪。在中国古代社会,要实现对被告人的出罪,必须要证明被告确实无罪。在真凶难觅的情况下,通过察狱以情实现出罪有很大的偶然性。不过古代社会中的许多问题在当代已经得到制度上的解决。当代法律与传统法律相比,一个重要变化是确立了无罪推定原则。因此当司法者通过察情发现被告之罪存在合理怀疑,只要疑点不能排除,即使不能证明被告无罪,也可以作出被告无罪的判决,从而为被告释冤,而且当代社会已完全禁止刑讯逼供,因此依情理得出的被告可能无罪的判断被刑讯逼供获得的认罪口供推翻的现象应当较少出现。正因如此,我们研究察狱以情才更有其现实意义。司法者应借鉴察狱以情的理念,在司法实践中面对有犯罪可能的嫌疑人时,特别关注是否有发生在其身上的事后反常之情,如果没有,则不能轻易将其锁定为犯罪

^{⑤6} 参见袁子儒:《敬由编》卷十一,明万历三十九年(1611年)刻本,第415页。

^{⑤7} 本案的事实认定同样不符合经验法则的要求。因为本案认定有罪并无间接证据,只有被告人的认罪口供。

^{⑤8} 参见最高人民法院(2016)最高法刑再3号再审刑事判决书。

嫌疑人。司法者如果以事前发生的正常事实考虑将某人列为犯罪嫌疑人,一定要对这一做法的不足之处充满警惕,即这样的倾向性判断非常脆弱,有很大的可能性是错误的。特别要注意不能仅凭此情节就对所谓的嫌疑人采取强制措施。至于刑讯或变相刑讯,理应绝对禁止。在凭借较为充分的证据或事后反常之情确定嫌疑人之后,也不可忽略出罪之情的作用。无论是影响争议事实真实性还是有罪证据真实性的出罪之情,司法人员都应认真对待,绝不可以置之不理。总之,对出罪之情的排除必需要有充分的理由。

Abstract: The use of reason in the investigation of cases is an important feature of traditional Chinese justice. Its semantic source is the words of the Duke Zhuang of Lu as contained in the Zuo Zhuan, while its substantive source is the Rites of Zhou's phrase 'to interrogate with reason'. There is a broad and a narrow sense of reason in this term. It has both an incriminating and an exculpating function. An incriminating circumstance must occur after the disputed facts and be contrary to common sense. The exoneration of guilt can be achieved by judging the facts and the evidence. There are differences between incrimination and exculpation in terms of criteria, object, subject and result. The traditional judicial doctrine has placed greater emphasis on the incriminating function of the investigation. There are both similarities and differences between the use of circumstances in the reason-based investigation of cases and the contemporary rule of thumb. The similarity lies in the fact that both are based on everyday experience. The differences are threefold: firstly, the rule of thumb can only judge the facts of evidence, not the facts of a case, whereas the use of reason in the investigation can judge both. Secondly, the facts judged by the rule of thumb are definite facts, whereas the facts judged by the court considering reason are probable facts. Thirdly, the rule of thumb tends to judge the facts with positivity, whereas the reason-based judgment tends to judge the facts with negativity. If the contemporary judiciary wants to draw lessons from this method concerning reason, then it should be cautious about using incriminating facts and pay more attention to exculpating facts, so as to effectively avoid the unjust jails and to vindicate those that have been formed.

(责任编辑: 李 游)